

Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa? Een kritisch rechtseconomisch perspectief.

Citation for published version (APA):

Faure, M. G., & Hartlief, T. (2003). Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa? Een kritisch rechtseconomisch perspectief. *Nederlands Juristenblad*, 170-177.

Document status and date:

Published: 01/01/2003

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 04 May. 2023

Naar een *harmonisatie* van aansprakelijkheidsrecht in *Europa*?

Een kritisch rechtseconomisch perspectief



Michael Faure is hoogleraar internationaal en vergelijkend milieurecht aan de UM en directeur van het onderzoeksinstituut METRO.



Ton Hartlief is hoogleraar privaatrecht aan de UM. In deze bijdrage worden eerder geformuleerde gedachten over het thema (redactioneel van Faure in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, 339 e.v. en (nog te publiceren) redactioneel van Hartlief in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2002) uitgewerkt en van nadere onderbouwing voorzien.

Deze artikelen zijn ook te raadplegen op Internet www.njb.nl

Het nieuwe Europese 'speeltje' is de harmonisatie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. In het moderne harmonisatiedenken worden verschillen argwanend bekeken en komen zelfs traditioneel 'nationale' terreinen zoals dat van het smartengeld in beeld. Maar wat pleit er nu eigenlijk voor harmonisatie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht?

Harmonisatie van het privaatrecht in Europa staat al lang op de agenda. In *NJB* 2002, afl. 18 hebben De Mot en De Geest in dit tijdschrift aandacht gevraagd voor de betekenis van de rechtseconomie in dit verband. Uit hun breed opgezette bijdrage valt af te leiden dat harmonisatie en differentiatie kunnen samengaan althans dat Europa gebaat zou kunnen zijn bij een concurrentie van rechtsregelen.¹ Opmerkelijk genoeg overheerst in het debat tot nu toe de idee dat verschillen tussen de nationale rechtssystemen ongewenst zijn. Dat wordt ook duidelijk in het kader van het nieuwe 'Europese speeltje': de harmonisatie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

Binnen EU-verband zijn natuurlijk al verschillende thema's opgepakt. Het gaat daarbij natuurlijk in eerste instantie om terreinen als productaansprakelijkheid waarop men met 'grensoverschrijdende ongevallen' te maken heeft en waar de argumenten in het voordeel van een harmonisatie vermoedelijk het

sterkst zijn.² Ook op het terrein van de milieuaansprakelijkheid is de Europese Commissie weer actief. Inmiddels is er een ontwerp van richtlijn betreffende de preventie en het herstel van ernstige milieuschade.³ Het harmonisatiestreven strekt zich nu echter ook uit buiten de grensoverschrijdende onrechtmatige daden. Velen beschouwen verschillen tussen de rechtssystemen heden ten dage als onwenselijk en bepleiten, ook op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, een uniformering.⁴

Verschillen zijn er dan ook genoeg. Zij dienen zich bijvoorbeeld aan op het terrein van, kort gezegd, de aansprakelijkheid voor zaken.⁵ De verschillende stelsels wijzen niet steeds dezelfde bronnen van verhoogd gevaar aan als het aankomt op de vraag of er reden is voor een bijzonder regime van aansprakelijkheid. En dat terwijl die bronnen van gevaar wel reëel zijn in elk van de Europese landen. Het mooiste voorbeeld hiervan is uiteraard het terrein van de verkeersaansprakelijkheid en dan de aansprakelijkheid

1. Zie De Mot, J. en De Geest, C., 'De toekomst van het Europees privaatrecht na het Groenboek', *NJB* 2002, p. 881-890.
2. Zie het dat er ook bij het harmonisatiestreven op het terrein van de productaansprakelijkheid vraagtekens kunnen worden geplaatst. Zie daarover Faure, M., 'Productaansprakelijkheid in België en Europa: Quo Vadis?', *Liber Amicorum*, Jacques Herbots, Kluwer, Deventer, 2002, 111-130.
3. Zie daarover Brans, E.H.P., 'Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn milieuaansprakelijkheid (Com, (2000), 17)', *M&R* 2002, 137-145.
4. Zie bijvoorbeeld Janssen, M., 'Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungs-

recht', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2001, 30-65; Koziol, H., 'Das Niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1996, 587-599; Magnus, U., 'European perspectives of tort liability', *European Review of Private Law*, 1995, 427-444 en zie

ook Nieuwenhuis, J.H., 'Wat is een onrechtmatige daad? Europese perspectieven', *RM Themis* 1998, p. 242-248.

5. Zie in dit verband ook de dissertatie van Sterk, C.H.W.M., *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss., Kluwer, Deventer, 1994.

voor gemotoriseerd verkeer in het bijzonder. Terwijl in diverse landen de motorrijtuigen als gevaarlijk worden gezien en om die reden om een bijzonder regime vragen (Frankrijk, België, Nederland etc.) wordt aan de andere kant van het Kanaal (Groot-Brittannië, Ierland) nog 'gewoon' het onrechtmatige daadsrecht toegepast.⁶ Maar ook de landen die een bijzonder regime kennen, hebben een sterk verschillende uitwerking gekozen: niet alleen qua vorm (risico-aansprakelijkheid, verzekeringssysteem: Loi Badinter versus art. 29bis Belgische WAM-wet), maar ook qua inhoud (Loi Badinter versus het Nederlandse artikel 185 WvW zoals zich dat in de rechtspraak van de Hoge Raad heeft ontwikkeld).⁷ Ook op het terrein van het schadevergoedingsrecht lopen de stelsels uit elkaar. Zo zijn er betrekkelijk grote verschillen op het terrein van de vergoeding van immateriële schade zowel waar het betreft de voorwaarden waaronder deze voor vergoeding in aanmerking komt als waar het het vergoedingsniveau betreft.⁸ Hetzelfde geldt voor de vraag of en zo ja in hoeverre de naaste familieleden recht hebben op vergoeding van immateriële schade.⁹ Er zijn nog andere belangrijke verschillen, bijvoorbeeld op het stuk van verjaring en op het terrein van de eigen schuld van het slachtoffer. Wat dat laatste betreft zijn er verschillen in het algemeen, maar in het bijzonder juist weer op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid. Denk alleen al aan de verschillende accenten die in dit kader worden gelegd in het Duitse, Nederlandse, Belgische en Franse verkeersaansprakelijkheidsrecht.¹⁰ In het moderne harmonisatiedenken worden dit soort verschillen met argwaan bekeken en komen zelfs traditioneel 'nationale' terreinen zoals dat van het smartengeld in beeld. Typerend in dat verband is de verzuchting van Magnus en Fedtke¹⁰:

'It is our firm conviction that non-pecuniary loss awards for personal injury should be harmonized and standardized throughout Europe. Pain and suffering caused, e.g., by the loss of an eye is likewise felt whether it happens in Belgium, Greece or Germany. And in particular, mobile people (be they even travelling law professors) will not understand that their pain and suffering for such a loss is adjudicated differently when they are injured in one European country or the other. Therefore the pretium doloris should be assessed on more or less the same footing throughout Europe.'

Dergelijk harmonisatiestreven uit zich onder meer in grootschalige harmonisatieprojecten zoals de totstandkoming van een Europees burgerlijk wetboek, waarvan ook een onderdeel aan het aansprakelijkheidsrecht zal worden gewijd. In deze bijdrage werpen wij de vraag op die hetzij niet gesteld wordt, hetzij impliciet altijd bevestigend beantwoord wordt, namelijk of harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht nu noodzakelijk is. Moet het Europese aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht inderdaad verder worden geharmoniseerd? En zo ja, welke uitgangspunten waren dan in acht te nemen?

1. De argumenten van de voorstanders

Wat pleit er nu voor harmonisatie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht? De voorstanders bedienen zich van verschillende argumenten. Zo is een veel gebruikt argument dat verschillen tussen de verschillende rechtssystemen het optimaal functioneren van de interne markt in de weg staan. In deze visie zullen ondernemingen proberen hun voordeel te doen met de verschillen in het recht, het-

geen bijvoorbeeld zou kunnen betekenen dat zij vermijden bepaalde goederen of diensten aan te bieden in landen met een hoog schadevergoedingsniveau of lange verjaringstermijnen. In wezen komt het erop neer dat verschillen tussen de stelsels van aansprakelijkheidsrecht ertoe zullen leiden dat ondernemingen zich vestigen in landen waar zij worden blootgesteld aan een relatief lage kans op aansprakelijkheid. Verder gaat nog het betoog dat verschillen in rechtsregels hoe dan ook invloed hebben op de voorwaarden waaronder goederen en diensten kunnen worden aangeboden met gevolg dat concurrentieposities ongelijk zijn.

Een veel gebruikt argument voor harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht is net als bij de harmonisatie van het contractenrecht dat zij door de vereenvoudiging die eenvormige rechtsregels zouden brengen tot een reductie van administratieve kosten zou kunnen leiden.

Verder wordt veelal ook het voorbeeld van de grensoverschrijdende ongevallen opgevoerd. Harmonisatie zou juist in de hedendaagse Europese samenleving die gekenmerkt wordt door een sterk groeiende mobiliteit aangewezen zijn: diegenen die zich binnen Europa van het ene land naar het andere verplaatsen zouden niet afhankelijk willen zijn van uiteenlopende rechtsregels waarvan men veelal niet eens kennis heeft en waarmee men in geval van een ongeval wordt geconfronteerd. Waarom zou een Duits slachtoffer van een ongeval in Spanje minder vergaand moeten worden beschermd in het Spaanse aansprakelijkheidsrecht dan 'thuis'?

In het verlengde van het voorgaande ligt een argument dat voor voorstanders wellicht belangrijker is dan zij in eerste instantie willen toegeven: verschillen behoren als zodanig te worden vermeden, juist omdat wij inmiddels in een Europees verband samenleven waarin geen ruimte meer zou bestaan voor een Franse, Duitse of Nederlandse rechtvaardigheid. Wij hebben zojuist als typisch voorbeeld van een dergelijke benadering Magnus en Fedtke opgevoerd. Waar men dan kennelijk vanuit gaat is dat er zoiets bestaat als een 'Europese' rechtvaardigheid die aanspraak op algemene gelding kan maken.

2. Kleur bekennen: een rechtseconomisch perspectief

Bij de beantwoording van de centrale vraag of het Europese aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht inderdaad verder moet worden geharmoniseerd, maken wij dankbaar gebruik van rechtseconomische inzichten. Dit perspectief ligt voor de hand nu:

- de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht een debat over functies en doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht mogelijk maakt, zodat aan het aansprakelijkheidsrecht ten grondslag liggende beginselen kunnen worden blootgelegd;
- na het blootleggen van de economische achtergrond van een bepaald aansprakelijkheidsregime kan worden nagegaan of verschillen tussen de aansprakelijkheidsregels in verschillende rechtssystemen in feite uitsluitend de juridische techniek betreffen dan wel daadwerkelijk het resultaat zijn van andere waarden of preferenties. Hier kan blijken dat ondanks grote verschillen wat betreft vorm en techniek, de onderliggende (economische) belangenafwegingen en preferenties gelijk zijn. Door deze focus op de onderliggende beginselen in plaats van op de bijzonderheden van de juridische techniek kan de rechtseconomie derhalve bijdragen aan een 'bridging of the un-

6. Zie voor een globale introductie De Haas, S.P. en Hartlief, T., *Verkeersaansprakelijkheid. Vergoeding van personenschade in Europees perspectief*, Kluwer, Deventer, 1998.

7. Zie in dit verband ook Engelhard E.F.D. en Van Maanen, G.E., *Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen*, Ars Aequi, Arnhem, 1998.

8. Zie Rogers, W.V.H. (red.), *Damages for Non-Pecuniary loss in a Comparative perspective*, Springer, Wenen 2001.

9. In dit verband neemt Nederland bijvoorbeeld een betrekkelijk bijzondere positie in. Zie Lindenbergh, S.D., *Smartengeld*, diss. Leiden, Kluwer, Deventer, 1998, hoofdstuk 8 en Verheij, A.J., *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU Amsterdam, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2002.

10. Magnus, U., en Fedtke, J., in Rogers W.V.H. (red.), *Damages for Non-Pecuniary loss in a Comparative perspective*, Springer, Wenen 2001, 120.

11. Zie van Gerven, W., 'Bridging the unbridgeable: Community and national tort laws after Francovich and Brasserie', *International Comparative Law Quarterly*, 1996, 507-544.

Waar men kennelijk vanuit gaat is dat er zo iets bestaat als een 'Europese' rechtvaardigheid die aanspraak op algemene gelding kan maken.

bridgeable¹¹;

- de Europese Commissie zelf veelal (quasi)economische argumenten gebruikt om haar harmonisatiepogingen te rechtvaardigen. Het gaat daarbij vooral om het argument dat harmonisatie van rechtsregels ook op het terrein van het Europees privaatrecht noodzakelijk is om een harmonisatie van marktvoorwaarden in Europa te bewerkstelligen.¹²

Natuurlijk is een rechtseconomische benadering van het harmonisatiedebat niet zaligmakend of doorslaggevend. Voorstanders van harmonisatie zullen juist ook benadrukken dat er andere, niet-economische, argumenten zijn die harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht rechtvaardigen, zoals de wens een hoger niveau van slachtofferbescherming tot stand te brengen dan lidstaten normalerwijs bereid zouden zijn te bieden en – in een breder perspectief – het al genoemde idee dat er een algemeen geldende Europese rechtvaardigheid zou bestaan. Dit neemt niet weg dat ook dan lessen uit de rechtseconomie kunnen worden getrokken. Zo kan toepassing van rechtseconomische uitgangspunten in het harmonisatiedebat (bepaalde) kosten en baten van harmonisatie blootleggen waar zelfs de meest fervente tegenstanders van de rechtseconomie hun voordeel mee kunnen doen. Wat zijn nu de lessen van de rechtseconomie?

3. Verschillende preferenties moeten in beginsel worden gerespecteerd

Het vertrekpunt van de econoom verschilt van dat van vele Europese beleidsmakers en politieke Europese ideologen. De econoom beoordeelt verschillen op zichzelf niet negatief, zolang zij ten minste zijn terug te voeren op verschillende preferenties van burgers.¹³ Bestaande verschillen kunnen de kwaliteit van een rechtssysteem zelfs verhogen: rechtssystemen zullen onderling concurreren om hun burgers de beste kwaliteit rechtsregels te bieden.¹⁴ Natuurlijk zullen sommigen daartegen inbrengen dat het twijfelachtig is of de bedragen die in Portugal in het kader van smartengeld worden uitgekeerd en die lager

zijn dan bijvoorbeeld die in Duitsland werkelijk de preferenties van de Portugese burgers reflecteren. Om die reden zou voor harmonisatie kunnen worden gepleit. In feite komt een dergelijk betoog er echter op neer dat nationale wetgeving onvoldoende rekening houdt met preferenties van de eigen burgers. Bij precieze beschouwing gaat hierachter echter een opmerkelijke veronderstelling schuil. Wanneer immers wordt voorgehouden dat de nationale (bijvoorbeeld Portugese) wetgever of rechter onvoldoende in staat zou zijn om smartengeldbedragen vast te stellen in overeenstemming met preferenties van de eigen burgers, dan wordt daarmee eigenlijk het democratisch gehalte van het besluitvormingsproces in, in casu Portugal, in twijfel getrokken. Bovendien: zelfs wanneer men met die critici zou aannemen dat nationale wetgevers (en rechters) niet in staat zijn om op voldoende wijze wetgeving (en rechtspraak) te produceren die daadwerkelijk correspondeert met de preferenties van de eigen burgers, dan is er nog steeds geen enkele reden om er van uit te gaan dat de Europese wetgever op dat vlak beter zou presteren. Waarom zouden de Europese bureaucraten in Brussel beter in staat zijn te achterhalen wat de preferenties zijn van – in dit geval – de Portugezen? Liefhebbers van harmonisatie weten eigenlijk beter dan de nationale wetgevers of rechters wat goed is voor de burgers. Dit paternalistische harmonisatieargument mist de mogelijkheid van nationale preferenties en is daarmee gevaarlijk. *Uitgangspunt* dient te blijven dat de nationale wetgever beter dan de Europese in staat is wetgeving te produceren die de preferenties van de eigen burgers zal reflecteren.

4. Grensoverschrijdende externaliteiten

Concurrentie tussen nationale rechtssystemen leidt echter niet steeds tot optimale uitkomsten. Zo komt harmonisatie als optie in beeld wanneer sprake is van grensoverschrijdende externaliteiten.¹⁵ Niettemin is het grensoverschrijdend karakter van een ongeval niet onmiddellijk een argument voor harmonisatie. Soms kunnen grensoverschrijdende problemen te worden opgelost via andere juridische instrumenten dan harmonisatie. Daarbij kan uiteraard aan het internationaal privaatrecht worden gedacht en, meer in het algemeen, aan de toepassing van nationale rechtsregels op grensoverschrijdende conflicten. Niet elk grensoverschrijdend probleem hoeft immers door harmonisatie worden opgelost.¹⁶ In ieder geval kan het grensoverschrijdend karakter van een probleem moeilijk een algehele harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht – ook voor nationale situ-

12. Dit argument kan onder meer worden gevonden in de overwegingen voorafgaande aan de productaansprakelijkheidsrichtlijn van 25 juli 1985. Een harmonisatie van de wetgeving op dat terrein wordt nodig geacht omdat: 'namelijk onderlinge verschillen op dat gebied de mededinging kunnen vervalsen, het vrij verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt kunnen aantasten en ...'. Het heeft ook een rol gespeeld in de discussie over een richtlijn dienstenaansprakelijkheid. Zie Faure, M., 'Enkele rechtseconomische kanttekeningen bij de richtlijn dienstenaansprakelijkheid', A&V 1994, p. 33 e.v. en Curran, C., 'The burden of proof and the liability for suppliers of services in the EEC', *Geneva Papers on risk and insurance*, 1994, 85-98.

13. Deze gedachte vindt men overigens ook terug in Smits, J., *The good Samaritan in European private law*,

oortie UM, Kluwer, Deventer, 2000, 43, die uitdrukkelijk spreekt van een 'praise of diversity'.

14. Zie over dit idee van een concurrentie tussen rechtssystemen Ogus, A., 'Competition between national legal systems. A contribution of economic analysis to comparative law', *The International and Comparative Law Quarterly*, 1999, 405-418; Ogus, A., 'The contribution of economic analysis of law to legal transplants' in Smits, J. (red.), *The contribution of mixed legal systems to European Law*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 27-37 en Van den Bergh, R., 'Subsidiarity as an economic demarcation principle and the emergence of European private law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, 134.

15. Faure, M., 'Towards a harmonized tort law in Europe? An economic perspective', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, 334.

16. In deze zin bijvoorbeeld Esty, D. en Geradin, D., 'Environmental production and international competitiveness. A conceptual framework', *Journal of World Trade*, 1998 Volume 32, 5-46 en dezelfde, 'Market access, competitiveness and harmonisation: environmental production in regional trade agreements', *Harvard Environmental Law Reviews* 1997, Vol. 21, 265-336. Zie ook Trebilcock, M. en Howse, R., 'Trade liberalisation and regulatory diversity, reconciling competitive markets with competitive politics', *European Journal of Law and Economics*, 1998, Vol. 6, 5-37 waarin een interessant overzicht wordt gegeven van de verschillende alternatieve juridische instrumenten voor harmonisatie.

17. Zie Van den Bergh, R., *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, 144-145.

aties – rechtvaardigen¹⁷; in principe kan worden volstaan met een regeling van de grensoverschrijdende ongevallen op centraal niveau. De Europese regelgeving gaat op dit moment vaak veel verder dan nodig is en reguleert daarbij niet alleen de grensoverschrijdende problemen, maar beoogt een algehele harmonisatie van rechtsregels, ook degene die 'nationale' ongevallen beheersen. Wanneer grensoverschrijdende schade werkelijk een belangrijk probleem vormt binnen Europa, zou een geharmoniseerd aansprakelijkheidsregime voor grensoverschrijdende schade op zijn plaats zijn, maar zelfs dan pas voor zover blijkt dat alternatieve, minder ingrijpende, instrumenten niet in staat zijn om het probleem op adequate wijze aan te pakken.

5. Voorkomen van een neerwaartse spiraal

Een tweede economisch argument *pro* harmonisatie houdt verband met de hiervoor al genoemde vrees dat een vernietigende concurrentiestrijd zou kunnen ontstaan, waarbij staten elkaar zouden beconcurreren met inefficiënte wetgeving, kort gezegd inhoudende een uiterst soepel aansprakelijkheidsrecht, om industrie naar zich toe te trekken. In dit verband wordt wel gesproken van een 'race for the bottom'. Erg serieus moet men deze argumentatie echter niet nemen. Het is onwaarschijnlijk, zeker in de Europese context, dat lidstaten op het punt van het aansprakelijkheidsrecht met elkaar zouden concurreren om industrie aan te trekken. Er is in ieder geval geen enkel empirisch bewijs dat lidstaten bewust inefficiënte wetgeving op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht zouden uitvaardigen om industrie aan te trekken. Het lijkt bovendien realistischer om ervan uit te gaan dat de industrie de beslissing over vestiging zal baseren op andere gronden zoals het belastingrecht, transportfaciliteiten, infrastructuur en arbeidsklimaat. Bovendien ligt het voor de hand dat staten op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht toch primair kijken naar wetgeving die de eigen burgers tevreden stelt. Wetgeving die in het geheel niet aansluit bij de hedendaagse trend van slachtofferbescherming zal dat niet doen.

6. Geen harmonisatie van mededingingsvoorwaarden!

Het klassieke Europese argument is dat harmonisatie van rechtsregels noodzakelijk is omdat verschillen tussen rechtsregels de mededinging zouden vervalsen. Als rechtvaardiging voor harmonisatie is het echter bij precieze beschouwing absoluut ongeschikt.¹⁸ Dat het in Europa wordt gebruikt als verklaring voor het harmonisatiestreven is verklaarbaar omdat het noodzakelijk was om Europa bevoegdheid te geven om wetgevend op te treden op bepaalde terreinen. Het argument dat verschillen in rechtsregels ongelijke marktvoorwaarden creëren is echter zodanig algemeen en ongenueanceerd dat het daarmee ook geen enkel onderscheidend vermogen heeft. Zo kan men een (grotendeels nutteloze) harmonisatie rechtvaardigen van alle mogelijke rechtsregels, omdat een rechtsregel altijd wel enige invloed heeft op de voorwaarden waaronder producten of diensten op de markt worden gebracht. Het argument is ook vanuit een empirisch perspectief niet erg overtuigend: de initiatieven die Europa tot nu toe heeft genomen op het terrein van het privaatrecht, bijvoorbeeld op het terrein van de productaansprakelijkheid, tonen immers aan dat die nooit tot een harmonisatie van de marktvoorwaarden hebben kunnen leiden. Dat komt

Uitgangspunt dient te blijven dat de nationale wetgever beter dan de Europese in staat is wetgeving te produceren die de preferenties van de eigen burgers zal reflecteren.

doordat bijvoorbeeld die Europese richtlijn productaansprakelijkheid vanuit een 'top down' benadering gewoon als een aanvullende laag bovenop het nationale recht is gekomen, dat door de richtlijn intact wordt gelaten. De Commissie is bij de evaluatie van deze richtlijn dan ook tot de conclusie gekomen dat er nauwelijks gebruik wordt gemaakt van wetgeving die op de richtlijn is gebaseerd; vaker nog worden de 'oude' reeds bestaande mogelijkheden benut.¹⁹ Fundamenteel is de kritiek dat het argument van de harmonisatie van marketingvoorwaarden ten onrechte veronderstelt dat een geïntegreerde economische markt uitsluitend kan bestaan wanneer er ook gelijke marktvoorwaarden voor alle marktdeelnemers zouden zijn. Niets is natuurlijk minder waar. Zwitserland en de Verenigde Staten tonen aan dat een geïntegreerde economische markt goed verenigbaar is met een concurrentie van rechtssystemen. Vereist is natuurlijk wel dat binnen die geïntegreerde markt vrij verkeer van goederen en diensten kan plaatsvinden. Het argument dat harmonisatie nodig is omdat ongelijkheid in rechtsregels ongelijke marktvoorwaarden creëert is klaarblijkelijk gebaseerd op de mythe dat het mogelijk zou zijn om in heel Europa gelijke marktvoorwaarden te creëren. Dat is natuurlijk onzinnig. Zelfs wanneer het recht volledig is geharmoniseerd, zijn de marktvoorwaarden daarmee nog steeds niet gelijk omdat er verschillen zullen blijven bestaan bijvoorbeeld wat betreft de aanwezigheid van natuurlijke hulpbronnen, infrastructuur en transportmogelijkheden. Handel tussen lidstaten is juist mogelijk of aantrekkelijk, omdat er verschillen in marktvoorwaarden zijn. Een hypothetisch volledige gelijkheid van marktvoorwaarden zou meteen ook de noodzaak van interstatelijke handel wegnemen.

Zou men werkelijk menen dat de interne markt zonder harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht niet goed functioneert, dan zouden bijvoorbeeld ook het procesrecht en het socialezekerheidsrecht moeten worden geharmoniseerd, omdat – dat is algemeen bekend – de daadwerkelijke betekenis van het aansprakelijkheidsrecht niet alleen afhankelijk is van de inhoud van het materiële recht maar zeker ook van een aantal andere zaken.²⁰ In landen met een hoog niveau aan sociale zekerheid is de betekenis van het aansprakelijkheidsrecht beperkter dan in landen met een laag niveau. En ook verschillen in het procesrecht kunnen in ieder geval tot op zekere hoogte verschillen in daadwerkelijke betekenis van het aansprakelijkheidsrecht tussen de verschillende Europese landen verklaren. Zo bekeken is met een uniform aansprakelijkheidsrecht niet per definitie iets bereikt.

Het blijkt echter moeilijk de conclusie te trekken dat het een waanidee is dat verschillen in rechtsregels altijd weggewerkt moeten worden omdat anders de marktintegratie in gevaar komt. Zo heeft de Europese Commissie naar aanleiding van de vraag of na 10 jaar ervaring herziening van de Europese richtlijn productaansprakelijkheid op haar plaats is, weliswaar vastgesteld dat harmonisatie klaarblijkelijk niet heeft gewerkt, maar stelt zij vervolgens als enige remedie een verdergaande harmonisatie voor.²¹ Verlaging van administratieve kosten die men door een

18. Zie in dit verband bijvoorbeeld Revesz, R., 'Federalism and regulation: some generalizations', in Esty, D. en Geradin, D. (red.), *Regulatory competition and economic integration, Comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 3-29.

19. Com (2000) 893 def. van 31 januari 2000, 8.

20. Zie in dit verband ook Spier, J., *Rampscenario's*, oratie UM, Kluwer, Deventer, 2002, 39.

21. Com (2000) 893 def., 32.

Het klassieke Europese argument is dat harmonisatie van rechtsregels noodzakelijk is omdat verschillen tussen rechtsregels de mededinging zouden vervalsen.

harmonisatie zou kunnen realiseren kan echter nauwelijks worden bereikt nu iedereen het erover eens is dat deze richtlijn nooit de beoogde harmonisatie van mededingingsvoorwaarden kon bewerkstelligen: een totale uniformering van het aansprakelijkheidsrecht schept nog geen gelijke concurrentiepositie.²² Dat doet de vraag rijzen of het uiteindelijk niet het met de mond beleden gelijkmaken van de marktvoorwaarden doel was van de richtlijn-productaansprakelijkheid, maar juist de wens van de Europese bureaucratie om te laten zien ook op een relatief belangrijk terrein van het burgerlijk recht wetgeving tot stand kon worden gebracht. Of er ook praktische behoefte aan bestond was kennelijk niet relevant; zij blijkt in ieder geval niet uit de recente evaluatie: van de nationale wetgeving ter implementatie van de richtlijn wordt niet of nauwelijks gebruik gemaakt.²³

7. Reductie van administratieve kosten waar mogelijk doorvoeren

Vanuit een rechtseconomisch perspectief is vermoedelijk het belangrijkste argument voor een harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht dat zij tot een reductie van administratieve kosten zou kunnen leiden.²⁴ Een voor de hand liggende hypothese is dat veel aansprakelijkheidsregels in Europa gelijkaardige waarden en preferenties zullen reflecteren en slechts optisch verschillen ten gevolge van een verschillende juridische techniek en onderliggende dogmatiek. Wanneer dergelijke aansprakelijkheidsregels inderdaad eengemaakt kunnen worden tegen relatief lage kosten zou dit een belangrijk voordeel zijn. Dit is ook min of meer de leidende gedachte bij de initiatieven die voornamelijk door academici zijn genomen en waarbij wordt onderzocht of het mogelijk is tot een harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht over te gaan²⁵, door de verschillen tussen aansprakelijkheidsregels in de diverse rechtsstelsels te onderzoeken en een grootste gemene deler aan te wijzen. Een dergelijke benadering belooft meer dan de 'top down' benadering waarbij richtlijnen door de Europese Commissie dwingend aan de lidstaten worden opgelegd. Wanneer zou kunnen worden aangetoond dat verschillen tussen rechtsstelsels uitsluitend van technische aard zijn en derhalve beschouwd kunnen worden als veelal betekenisloze

onverenigbaarheden die niet gerelateerd zijn aan verschillen in waarden of preferenties, is deze harmonisatiepoging kansrijker dan de benadering die tot nu toe door de Europese Commissie wordt gevolgd.

8. Let echter ook op de kosten van harmonisatie

Of de verschillende harmonisatiegroepen op termijn succesvol zullen zijn, valt moeilijk te voorspellen. Sommige auteurs zijn pessimistisch en benadrukken het belang van verschillen in rechtsculturen, die een harmonisatie van het privaatrecht in de weg zouden staan.²⁶ Vanuit een economisch perspectief kan relatief gemakkelijk worden voorgehouden dat verschillende rechtsregels veelal hetzelfde doel dienen en derhalve geharmoniseerd zouden kunnen worden, zeker wanneer de verschillen alleen de gebruikte juridische techniek betreffen en niet de onderliggende waarden en normen. Soms zullen die verschillende rechtsregels zo diep geworteld zijn in die rechtsculturen en juridische tradities dat zelfs dan de kosten van harmonisatie hoog, wellicht zelfs prohibitief zouden kunnen zijn.²⁷ Ook met dergelijke kosten dient rekening te worden gehouden. Harmonisatie die gebaseerd is op een potentiële reductie van administratieve kosten (door de vereenvoudiging die eenvormige rechtsregels zouden brengen) is natuurlijk alleen interessant wanneer de marginale kosten van deze harmonisatie ook daadwerkelijk lager zijn dan de marginale voordelen van een dergelijke unificatie.²⁸

In dit kader is onze inschatting dat harmonisatie al snel tot gevolg heeft dat het aansprakelijkheidsrecht als zodanig strenger wordt. Er moet dus eerder met verdere uitdijning rekening worden gehouden dan met een beperking van het aansprakelijkheidsrecht.²⁹ Vanuit het Nederlandse perspectief is er bijvoorbeeld aanleiding te denken dat bij een harmonisatie:

- de kring van gerechtigden tot vergoeding van letsel- en overlijdensschade zal worden uitgebreid. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan een uitbreiding van de mogelijkheden van de werkgever van het slachtoffer die naar huidig Nederlands recht niet meer dan het door hem doorbetaalde loon kan verhalen op de veroorzaker

22. Zie Faure, M., 'Productaansprakelijkheid in België en Europa: Quo vadis?' in Dirix, E. e.a. (red.), *Liber amicorum Jacques Herbots*, Kluwer, Deurne, 2002, 111-130.

23. Faure, M., 'Product liability and product safety in a federal system: economic reflections on the proper role of Europe' in Marciano, A. en Josselin, J.M. (eds.), *The economics of harmonizing European law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002, 131-177.

24. Een gelijkaardig argument op basis van de vermeende schaalvoordelen van harmonisatie wordt ook geboden door Rose-Ackerman, S., *Rethinking the progressive agenda*, 165-166.

25. Zie wat het aansprakelijkheidsrecht betreft onder meer: Jansen, N., *Zeitschrift für Europäisches Privat-*

recht, 2001, 31-65. Verder kan worden verwezen naar het zogenaamde principles project dat onder leiding staat van Prof. Koziol (Wenen). Zijn methodologische aanpak werd uiteengezet door Spier, J. en Haazen, O., 'The European Group on tort law ('Tilburg Group') and European principles of tort law', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999, 469-493. Een ander initiatief maakt deel uit van het grote project over de European Civil Code, dat wordt gecoördineerd door Prof. Von Bar (Osna-brück). Zie voor een overzicht van hun visie op de problematiek van de harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht Von Bar, Ch., 'Konkurenz des Delikt-rechtskonzepts der Studygroup on a European civil code', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2000, 515-532.

26. In dit verband kan worden verwezen naar Legrand, P., 'The impossibility of legal transplants', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 111.

27. Zie voor een rechtseconomische analyse van de verschillen in rechtsculturen Ogus, A., *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, 419-434.

28. Zo ook Van den Bergh, R., *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, 146-148.

29. De tot nu toe in EU-verband ter hand genomen onderwerpen op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht hebben niet steeds tot spectaculaire uitbreidingen geleid, maar gingen over het algemeen voor veel lidstaten wel verder dan tot dan toe in het nationale recht werd aangenomen.

(art. 6:107a BW);

- naaste familieleden gerechtigd zullen worden tot vergoeding van immateriële schade waar dat onder het huidige recht min of meer onmogelijk is³⁰;
- het vergoedingsniveau als zodanig waar het de vergoeding van immateriële schade als zodanig betreft, zal gaan stijgen.³¹

Dit zijn niet te verwaarlozen uitbreidingen die, dat is hiervoor al gebleken, niet worden gerechtvaardigd door het functioneren van de interne markt. Reductie van administratieve kosten is niet uitgesloten doch daar staat een prijskaartje tegenover. Het gevolg van de geschetste harmonisatie is dat binnen het aansprakelijkheidsrecht een nieuw evenwicht tussen vrijheid en bescherming moet worden gezocht: minder vrijheid, meer bescherming waarvan de kosten zullen worden doorberekend in de prijzen van goederen en diensten. Hiermee komt het kostenreductieargument duidelijk in een ander licht te staan.

9. Enkele tips voor verstokte harmonisatoren

a. Ga op zoek naar terreinen waar preferenties niet verschillen

In de eerste plaats is het belangrijk om harmonisatiepogingen vooral daar te ondernemen waar de preferenties van burgers wat betreft het aansprakelijkheidsrecht niet verschillen. Wanneer bijvoorbeeld zou blijken dat de meeste rechtssystemen het grofweg wel eens zijn over de activiteiten waarvoor men een risicoaansprakelijkheid in het leven heeft geroepen en de verschillen uiteindelijk louter rechtstechnisch zijn maar geen verschillende preferenties reflecteren, zou dit een kandidaat voor harmonisatie zijn. Of dit nu juist op het terrein van de risicoaansprakelijkheid daadwerkelijk het geval is, valt niet zo eenvoudig te bepalen. Op het eerste gezicht lijken de meeste Europese lidstaten het wel eens over de wenselijkheid van risicoaansprakelijkheid bij risicovolle situaties, maar daar houdt de eenheid dan ook al snel op. We hebben daar in de inleiding ook al op gewezen. Mede onder invloed van internationale conventies vindt men risicoaansprakelijkheden voor schade veroorzaakt door kernongevallen, zeewaterverontreiniging door olie en schade veroorzaakt op het aardoppervlak door luchtvaartuigen. Maar daarbuiten zijn er grote verschillen bijvoorbeeld tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Waar Frankrijk een ruime interpretatie van de risicoaansprakelijkheid heeft gebaseerd op de aansprakelijkheid voor de bewaarder van een gebrekkige zaak (art. 1384, lid 1 Code Civil) is Engeland klaarblijkelijk veel terughoudender.³² Het gaat ons er alleen om dat wanneer

mocht blijken dat de wijze waarop rechtssystemen omgaan met risicoaansprakelijkheid bijvoorbeeld voor de bewaarder van een gevaarlijke installatie gelijkwaardig zou zijn, dit zou betekenen dat preferenties van burgers op dat punt klaarblijkelijk niet verschillen.

Minder gevoelig dan het terrein van de risicoaansprakelijkheid is wellicht de wijze waarop de rechter de belangen weegt in het kader van de schuldaansprakelijkheid en daarbij beoordeelt of de dader een bepaalde zorgvuldigheidsstandaard heeft geschonken. Wanneer zou blijken dat, hoewel de gebruikte rechtstechniek en dogmatiek in de verschillende rechtsstelsels dramatisch verschillend zijn, de fundamentele wijze van belangenafweging desbetreffend door de rechter gelijkwaardig is, dan zou harmonisatie wederom in de rede liggen.³³ Het is in theorie mogelijk de wijze waarop de schuldaansprakelijkheid wordt gedefinieerd, dat wil zeggen de methode die de rechter gebruikt om schuld vast te stellen, te harmoniseren. Vervolgens kan het zijn dat de invulling die aan de belangenafweging in het kader van de schuldaansprakelijkheid wordt gegeven anders uitpakt, bijvoorbeeld in Portugal dan in Duitsland. In het kader van bijvoorbeeld de medische aansprakelijkheid zou dit kunnen betekenen dat de zorgstandaard die wordt vereist van een Portugese arts anders wordt ingevuld dan in Duitsland het geval is.³⁴ Dit zou dan een voorbeeld zijn van centralisatie van een methode die niet noodzakelijk tot een harmonisatie van uitkomsten hoeft te leiden.³⁵ Voordeel hiervan is natuurlijk dat weliswaar de methode wordt geharmoniseerd (en daardoor een reductie van administratieve kosten kan worden bereikt doordat optische verschillen zijn weggewerkt) doch tegelijkertijd verschillen in preferenties worden gerespecteerd.

'Echte harmonisatoren' zullen echter weinig gelukkig zijn met de mogelijkheid voor nationale rechters om rekening houdende met preferenties van de nationale burgers, een andere invulling te geven aan de aangemaakte norm. Koziol stelt bijvoorbeeld dat wat hem betreft een harmonisatiepoging niet is geslaagd wanneer slechts vage begrippen worden geharmoniseerd en de normatieve keuzes in specifieke casus nog steeds aan de nationale rechters of wetgevers zouden worden overgelaten.³⁶ Ook Spier en Haazen laten zich in deze zin uit: 'the use of standards as a smoke-screen for deep disagreement creates a false consensus'.³⁷ Naar onze mening biedt een dergelijk flexibel systeem van harmonisatie van algemene begrippen op Europees niveau echter belangrijke voordelen: enerzijds kan een reductie van administratieve kosten worden gerealiseerd doordat optische verschillen in juridische dogmatiek worden weggewerkt, anderzijds wordt voldoende rekening gehouden met verschillende preferenties van burgers in de onderscheiden lidstaten.

b. Blijf af van terreinen waar preferenties wel verschillen
Bijzonder voorzichtig dient men te zijn met pogingen tot harmonisatie op die terreinen van het aansprakelijkheidsrecht die sterk verbonden zijn met nationale preferenties en waarden. Naar ons idee is een goed voorbeeld hiervan de vergoeding van immateriële schade. Juist hier wordt ook harmonisatie bepleit. Bij wege van voorbeeld hebben wij Magnus en Fedtke geciteerd die geconstateerde (grote) verschillen op het terrein van het schadevergoedingsrecht afwijzen. Te snel wordt daarbij de indruk gewekt dat dergelijke verschillen puur een kwestie van juridische techniek zijn in plaats van dat daar 'strong feelings' aan ten grondslag liggen. In dat laatste geval kan er alle reden zijn de verschillen te handhaven. Het door Magnus en Fedtke genoemde voorbeeld is er juist een waarin behoedzaam met harmonisatie

30. Zie wel HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (JBMV) en HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (JBMV). Als bekend is er op dit moment al sprake van een wetsvoorstel dat strekt tot invoering van een recht op vergoeding van een affectieschade. Een van de argumenten daarbij is ook dat het Nederlandse recht afwijkt van dat van vele andere Europese landen.
31. Zie in dit verband overigens Lindenbergh, S.D., 'Smartengeld en wettelijke rente', A&V 2000, p. 135-136.
32. Zie voor een overzicht Koch, B. en Koziol, H. (red.), *Unification of tort law: strict liability*, Kluwer Law International, 2002 en verder Van Gerven, W., Lever, J. en Larouche, P., *Cases, materials and texts on national, supranational and international tort law*, Hart Publishing, 2000, 467-687 en Von Bar, Ch., *The common European Law of Tort*, Part II, Clarendon Press, 2000, 333-432.
33. Zie in het algemeen Koziol, H. (red.), *Unification of tort law: wrongfulness*, Kluwer Law International, 1998 en voor een verschil tussen het onrechtmatigheidsconcept in het Oostenrijks en Duits onrechtmatige daadsrecht Koziol, H., *Juristische Blätter*, 2001, 29-38. Zie verder ook Van Dam, C.C., *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Boom, Juridische Uitgevers, 2000, 143-150.
34. Uit vergelijkend onderzoek blijkt overigens dat dit inderdaad het geval is. Zie Faure, M. en Koziol, H. (red.), *Cases on medical malpractice in a comparative perspective*, Springer, Wenen, 2001.
35. Zie in dit verband ook het betoog van Arcuri, A., 'Controlling environmental risk in Europe: the complementary role of an EC environmental liability regime?', *TMA* 2001, p. 2, die eveneens de mogelijkheden van een dergelijke gedifferentieerde aanpak op het terrein van de milieuaansprakelijkheid heeft bepleit.
36. Koziol, H., *Juristische Blätter*, 2001, 33.

Vanuit een rechtseconomisch perspectief is vermoedelijk het belangrijkste argument voor een harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht dat zij tot een reductie van administratieve kosten zou kunnen leiden.

moet worden omgegaan: het verschil in niveau van het smartengeld kan worden herleid tot duidelijk uiteenlopende nationale voorkeuren die soms zijn gebaseerd op ideologische of filosofische gronden; soms zijn terug te voeren op uiteenlopende verwachtingen omtrent levenskwaliteit, soms op verschillen wat betreft het niveau van de sociale zekerheid en veelal op een combinatie van dit soort factoren en omstandigheden. Wij zouden harmonisatie dan ook afraden, omdat de voordelen daarvan niet evident zijn en de kosten juist hoog zullen zijn nu harmonisatie van smartengeld een paternalistische maatregel is die verschillen tussen de preferenties van burgers

Harmonisatiepogingen moeten vooral daar worden ondernomen waar de preferenties van burgers wat betreft het aansprakelijkheidsrecht niet verschillen.

miskent.

Voorstanders van harmonisatie verwijzen wellicht naar de noodzaak om alle slachtoffers van ongevallen in Europa toch een minimaal beschermingsniveau te bieden. Dat het noodzakelijk zou zijn een minimumniveau van slachtofferbescherming aan alle Europese slachtoffers te bieden, is geen economisch argument, maar dat kan moeilijk beslissend zijn. Degenen die een beroep op dergelijke argumenten doen dienen zich echter goed te realiseren dat Europa op dit moment evenmin een dergelijk minimumbeschermingsniveau aan andere slachtoffers biedt. Het terrein van de sociale zekerheid is immers op belangrijke terreinen nog altijd niet geharmoniseerd. De vergoedingen die de slachtoffers in de onderscheiden Europese lidstaten krijgen, bijvoorbeeld na een arbeidsongeval of bij arbeidsongeschiktheid door ziekte, zijn dan ook nog steeds in belangrijke mate verschillend. Het ligt dan ook veel meer voor de hand om hier wat aan te doen dan een harmonisatie van het smartengeld te realiseren.

Een ander, niet-economisch, argument dat in dit verband kan worden aangevoerd voor harmonisatie is het al genoemde argument dat verschillen als zodanig in een Europese samenleving als de onze niet langer getolereerd kunnen worden. Er is zo bekeken geen ruimte meer voor een Franse, Duitse of Nederlandse rechtvaardigheid; zij maken plaats voor een 'Europese' rechtvaardigheid. We hebben zojuist al het voorbeeld van het smartengeld behandeld. Ook andere verschillen tussen de verschillende Europese landen binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht hebben veelal wel degelijk een vergelijkbare achtergrond. Verschillen ziet men niet op het niveau van de fundamentele beginselen van rechtvaardigheid zoals dat van gelijkheid voor de wet, maar wel wanneer bijvoorbeeld de vraag aan de orde is wanneer risicoaansprakelijkheid als oplossing is aangewezen³⁸, of wrongful birth-claims in rechte worden erkend en – wij hebben dat al op gewezen – of en zo ja in hoeverre naaste familieleden van het slachtoffer tot vergoeding van immateriële schade gerechtigd zijn. In feite bestaat er dan ook wel degelijk zoets als Belgische, Duitse en Franse rechtvaardigheid. Wij zien voorts nog geen reden de mogelijkheid van uiteenlopende voorkeuren in te ruilen voor een regeling die in Europese zin rechtvaardig en adequaat kan worden genoemd. Die wens om de lidstaten toe te laten hun nationale rechtsregels te bewa-

ren die sterk aansluiten bij de preferenties van burgers zal bij een uitbreiding van de unie (en dus van de diversiteit) natuurlijk alleen maar sterker worden.

c. Laat burgers vooral zelf kiezen

Een aparte dimensie hebben dan wellicht nog de grensoverschrijdende ongevallen. Slachtoffers van dit type ongevallen, denk aan de Duitse toerist die in Spanje een ongeluk krijgt, kunnen worden geconfronteerd met een ander regime en dus met een andere rechtvaardigheid dan zij van hun eigen land gewend zijn. Pleit dit nu inderdaad niet voor harmonisatie?³⁹ Voor de voorstanders van harmonisatie is het eigenlijk geen vraag: waarom zou een Duits slachtoffer van een ongeval in Spanje minder vergaand moeten worden beschermd in het Spaanse aansprakelijkheidsrecht dan 'thuis'? Verschillen leiden er toe dat reizigers gedwongen worden na te denken over de wenselijkheid van aanvullende verzekering in geval van reis en verblijf naar en in een ander land in verband met werk of vakantie. Dwingt dit nu niet tot invoering van een algemeen regime van civiele aansprakelijkheid? Wat ons betreft niet. Uit de behoefte aan aanvullende verzekering blijkt niet meer, maar ook niet minder dan dat Europese burgers inderdaad verschillende voorkeuren hebben. Een Duits slachtoffer van een ongeval in Spanje wordt eventueel minder vergaand beschermd in het Spaanse aansprakelijkheidsrecht dan in zijn eigen systeem bijvoorbeeld omdat Spanjaarden niet bereid zijn de prijs voor die extra bescherming te betalen. De Duitser die meer bescherming wil dan het Spaanse recht hem kan bieden, weet dan wat hem te doen staat: inderdaad aanvullende verzekeringsdekking zien te verkrijgen. Dit is de juiste oplossing ingeval van uiteenlopende voorkeuren⁴⁰; diegenen die in het buitenland extra bescherming wensen, kunnen zich van extra verzekeringsdekking voorzien en aldus ook de prijs die daaraan verbonden is betalen. Bij harmonisatie worden de voorkeuren van de een bindend opgelegd aan de ander. Dergelijk paternalistisch optreden ware te vermijden. Laat de burgers zelf maar kiezen.

Uiteraard kan overheidsoptreden hier dienstig zijn. Om reële keuzes te kunnen maken moet de burger immers wel over voldoende informatie te beschikken: het kan daarom van belang zijn te bewerkstelligen althans te bevorderen dat reizigers weten of en zo ja in hoeverre zij met verschillen (kunnen) worden geconfronteerd en vervolgens wat zij daaraan eventueel kunnen doen.

d. Begin niet aan 'harmonisatie van mededingingsvoorwaarden'

Terug naar de economische argumenten: de Europese Commissie zelf heeft lange tijd elke harmonisatieactie (ook op het terrein van het privaatrecht) gerechtvaardigd met het 'economisch' argument dat verschillen in rechtsregels mededingingsvoorwaarden zouden vervalsen. Dat argument ontleent alleen zijn waarde aan de stereotiepe wijze waarop het door de Commissie wordt herhaald. Ons probleem is dat dit geen deugdelijke basis biedt voor harmonisatie, althans vanuit een rechtseconomisch perspectief beoordeeld. Het realiseren van een eengemaakte interne markt is immers goed mogelijk, ook zonder dat alle rechtsregels op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht worden geharmoniseerd – zie hiervoor. De rechtseconomische conclusie luidt zeker niet dat er geen enkele Europese actie dient te worden ondernomen met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht. We hebben voldoende laten doorklinken dat er zeker economische (en ongetwijfeld ook niet-economische) redenen zijn te vinden ter rechtvaardiging van een beperkte harmonisatie van specifieke

37. Spier, J. en Haazen, O.A., *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999, 484.

38. Zie uitgebreid Von Bar, Chr., *Germeineuropäisches Deliktsrecht*, deel I, Beck, München 1996 en Koch, B.A., en Koziol, H. (red.), *Unification of tort law: strict liability*, Kluwer Law International, Den Haag/London/New York, 2002.

39. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook Hondius, E.H. 'Schadenomering op Europees niveau', *NTBR* 2002, p. 107 die harmonisatie van het schadevergoedingsrecht noodzakelijk acht in verband met het vrij verkeer van personen en goederen.

40. Te snel wordt de conclusie getrokken dat verschillen hun basis niet vinden in uiteenlopende voorkeuren. Dan ligt de conclusie dat harmonisatie alleen al uit een oogpunt van rechtvaardigheid (gelijke behandeling binnen Europa) en efficiency aangewezen is. Illustratief is de bijdrage van Hondius, E.H., *NTBR* 2002, p. 105 e.v.

deelgebieden. Maar dan is het belangrijk dat de doelstellingen en verwachtingen van een dergelijke harmonisatie helder worden aangegeven. Zo kunnen grensoverschrijdende externaliteiten een argument voor een (beperkte) harmonisatie opleveren in die gevallen dat andere (minder vergaande) juridische instrumenten niet in staat zijn om dit probleem op adequate wijze op te lossen. Wanneer het echter inderdaad gaat om het oplossen van grensoverschrijdende externaliteiten dan ligt het voor de hand dat de centrale regelgeving dan ook wordt beperkt tot het reguleren van *grensoverschrijdende* ongevallen.

Er is nog een ander aspect dat in het oog moet worden gehouden. Dit betreft het feit dat er altijd belangengroepen zijn die hun voordeel kunnen doen met wet- en regelgeving en dus ook met harmonisatie. Vanuit economisch perspectief is het onbegrijpelijk waarom zoveel Europese juristen een ongenueerde en algemene unificatie van het privaatrecht in Europa nastreven, terwijl dit nauwelijks economische doelstellingen dient. Een belangrijke les van de zogenaamde public choice-benadering blijft dat bijna steeds wanneer men inefficiënte regelgeving vaststelt, er een belangengroep is die hiervan profiteert. Wanneer dat het geval is, dienen degenen die een algemene harmonisatiedroom nastreven zich ook bewust te zijn van het feit dat zij in bepaalde gevallen (wellicht onbewust) werktuigen zijn in de handen van lobbygroepen die voordeel kunnen halen uit dergelijke harmonisatie.⁴¹

e. Beter harmonisatie van veiligheidsregulering dan van aansprakelijkheidsrecht

We hebben er zojuist nog eens op gewezen dat het belang van het aansprakelijkheidsrecht voor de interne markt in vergaande mate wordt overschat door voorstanders van harmonisatie. Het lijkt in ieder geval verstandig als men dan toch aan harmonisatie van regelgeving denkt meer de nadruk te leggen op de harmonisatie van veiligheidsregulering. Waar het gaat om het functioneren van de interne markt zal harmonisatie van veiligheidsregulering inderdaad veel effectiever zijn dan harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht. Om een voorbeeld te geven: het is inderdaad mogelijk dat nationale regelgeving met betrekking tot de veiligheid van producten een handelsbarrière oplevert en aldus de vrije competitie verstoort. Uniformering van de regels der productaansprakelijkheid verandert hier niets aan, Europese veiligheidsregulering eventueel wel.⁴² Terecht heeft Europa dan ook de laatste jaren juist meer aandacht

Wij zien vooralsnog geen reden de mogelijkheid van uiteenlopende voorkeuren in te ruilen voor een regeling die in Europese zin rechtvaardig en adequaat kan worden genoemd.

besteed aan harmonisatie van (product)veiligheid. Maar ook voor andere terreinen dan productveiligheid geldt dat harmonisatie van de veiligheidsstandaard veel belangrijker is om het vrij verkeer van goederen te garanderen (en daarmee het functioneren van de interne markten te bevorderen) dan het harmoniseren van aansprakelijkheidsregels. Ook met een gedifferentieerd aansprakelijkheidsrecht kan immers een interne markt worden gerealiseerd.

f. Maar neem het subsidiariteitsbeginsel serieus!

Bij dit alles moet echter vooral ook het subsidiariteitsbeginsel in acht worden genomen. Tot nu toe gebeurt dat in het Europese harmonisatiedebat onvoldoende. Velen belijden het met de mond, maar wanneer het erop aankomt echt aan te geven waarom een bepaalde regulering beter op Europees niveau dan op het niveau van de lidstaten kan plaatsvinden, blijft een behoorlijk antwoord uit. Daarbij komt dat ook weinig aandacht wordt gegeven aan de vraag welke grondslag, welke rechtsbasis, een eventuele (beperkte) harmonisatiepoging met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht zou hebben. Het belang van het subsidiariteitsbeginsel zal in de toekomst, mede in het licht van de toetreding van nieuwe lidstaten, alleen maar toenemen. Het ligt voor de hand dat zij zich pleitbezorgers zullen tonen van het behoud van eigen rechtsregels die sterk aansluiten bij de preferenties van de burgers. Wanneer het subsidiariteitsbeginsel (en de vraag naar de juiste rechtsbasis) serieus worden genomen, komt men onvermijdelijk tot de conclusie dat een algemene harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht problematisch en niet noodzakelijk is en dat een genuanceerde benadering in de zin van een beperkte harmonisatie op specifieke deelgebieden kansrijker is. Zolang in die benadering onderscheiden voorkeuren van de burgers van de lidstaten worden gerespecteerd, valt er weinig tegen harmonisatie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in te brengen. ■

41. Zie voor een bespreking van de Europese harmonisatiepogingen vanuit een public choice-perspectief Van den Bergh, R., *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, 148-151.

42. Zie in dit kader Faure, M.G., *Kyklos* 2000, 467 e.v.